

ドイツ不法行為法研究（その4・共同関与者の責任（3））

メタデータ	言語: 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2024-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 松村, 弓彦 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/0002000323

【論 説】

ドイツ不法行為法研究（その4・共同 関与者の責任（Ⅲ））

松 村 弓 彦

目 次

- 一 はじめに
- 二 環境特別法上の連帯責任規定
- 三 共同関与者規定の射程範囲
- 四 共同関与者規定の目的と機能（以上94巻6号）
- 五 共同関与者規定適用の前提条件
 1. 共同関与者の事案類型（以上95巻1号）
 2. 損害賠償請求権の因果関係以外の条件の充足
 - (1) 因果関係以外の責任要件事実（過失・違法性）の充足
 - (2) 不法行為無能力者・被免責者に当たらないこと
 3. 共同関与者規定が適用されないその他の条件
 - (1) 損害が潜在的加害者以外の原因に基づくものではないこと
 - (2) 小規模排出者等に当たらないこと
 4. 共同行為の同等性：統一的経過について
 5. 判定手順（以上本誌）
- 六 責任範囲
- 七 連帯責任
- 八 総括・問題点・示唆
- 九 結語

2. 損害賠償請求権の因果関係以外の条件の充足

(1) 因果関係以外の責任要件事実（過失・違法性）の充足

共同関与者規定の適用は損害の原因関与者が複数存在することによる因果関係の証明困難を前提とし、各原因関与者についての損害に対する因果関係ないしその証明の軽減を意図するが、潜在的因果関係の証明を求め、その証明は原告側の

問題である⁽³³¹⁾。即ち、共同関与者規定は原因関与者が複数存在することによって生じる被害者側の因果関係の証明困難を潜在的加害者（潜在的因果関係を認められる者）に転嫁する機能を有するが⁽³³²⁾、一般的不法行為規定に基づく要件事実のうち因果関係以外の要件事実を免除しまたは証明軽減ないし証明軽減する機能を有せず、各関与者が不法行為者に当たるか否かに関する証明軽減を根拠づけるものでもない⁽³³³⁾。換言すれば、被害者に損害賠償請求権があることが確認さ

(331) 複数の因果系列が適性を有し、しかし、そのいずれの因果系列が解明できない場合に関する BGH NJW 1980,2186 によれば、損害の原因としていずれも一人の債務者のリスク領域の二つの因果系列が争われ、その一方につき過失がない旨の証明があるが、他の原因については潜在的因果関係の証明はあるが、過失のないことの証明がない事案では、「客観的義務違反行為による債務者が積極的契約違反を犯した場合において、問題とされる二つのうち一つの行為に関して過失がないことを証明することによって、それによって生じた損害について責任を免れることはなく（判決要旨）」、「二つの原因のいずれが損害を導いたかの疑問が解明できないことの証明は、両者がともに被告の危険領域に由来するものであるから、BGB 282 条（BGB 282 条（不能における証明責任）給付の不能が債務者の責に帰すべき事由によるか否かに争いのあるときは、証明責任は債務者の負担とする（椿・右近前掲による）の原則に照らして、被告の負担に帰すのでなければならず」、併せて、「共同関与者規定に定められた法思考からも導かれる。そこでは各関与者（それによって損害をもたらした危険の要件事実を過失によって生じさせた者）は、原因者適性を有する者のうち誰が実際に損害の原因者であったかを調査できない場合には、損害に責任を負わなければならない。契約当事者は不法行為債務者より有利な状態に立つことはできないことは明白である。積極的契約侵害から生じる請求権の場合にも、本事案のような解明不能リスクはその二つの（潜在的）原因がその者の危険領域と影響領域にある者が負担しなければならない」（但し、不法行為ではなく債務者の積極的契約違反を理由とする損害賠償請求の事案である）。原告は競技術馬の飼育等に関する契約により一定額を被告に支払っていたが、馬が疝痛にかかったことから損害賠償を求めた。疝痛の原因については争いがあり、原告は飼料の与え方と腐敗したカラス麦と腐敗した麦わらが原因と主張し、被告は飼料が疝痛の原因ではないこと、特に、外見上、飼料の欠陥は存在しないと主張した。本事案では二つの原因、特に、腐敗したカラス麦と腐敗した麦わら（各々単独で、または、二つが合わさって損害をもたらした得た）を飼育に使用した契約違反行為につき、後者については過失がないが（原審の認定）、前者については潜在的原因可能性の証明があるにとどまる点に特殊性がある（1 審は一部認容、被告の控訴に対して原審は本件請求を積極的契約違反の原則に照らし、かつ、不法行為の観点から検討し、控訴却下）。評釈として、参照：Baumgärtel, JZ 1981,273(274)。

(332) BGHZ 25,271(274)；33,286,292；BGH LM Nr.23 = NJW 1982,2307；BGH VersR 1965,1198(1201)；MDR 1968.399(400)；Backhaus, VersR 1982,211；Klinkhammer, NJW 1972,1918. 責任関連は法益に直接危険な行為に限る（参照：OLG Karlsruhe Justiz, 1978,62）。

(333) BGHZ 55,86(92 f.)；60,177(181 f.)；89,383(399 f.)；BGH NJW 1986,52；NJW

れない事案では共同関与者規定に定める責任の根拠が否定される⁽³³⁴⁾。各関与者は自らの行為が損害の原因ではあり得ない可能性が証明されなければ義務者の範囲から除外されない⁽³³⁵⁾。また、因果関係以外の責任要件事実を充足せず、被害者に損害賠償請求権があることが確認されない事案では潜在的因果関係の証明に基づく関与者に対する帰責は否定される⁽³³⁶⁾。BGH MDR 1968,399によれば、「共同関与者規定にいう不法行為に対する「関与者」は違法かつ過失により危険状態を生じさせ、それによって損害の原因となった可能性がある者をいい、多数の関与者のうち誰が実際に原因をもたらしたか否かの確認を要しない。法律はこのような場合に共同関与者規定の証明軽減を認めるが、違法であること、過失があること、危険性、関与者の行為の証明が前提となる」。OLG Düsseldorf,NJW-RR 2010,1106も「BGB 830条は単に責任要件としての因果関係に関して被害者の証明困難を克服するに資するにとどまる。この損害賠償請求は、多数の関与者のうちいずれが実際に損害の原因をもたらし、かつ、いかなる割合で原因をもたらしたかを完全な確実性をもって確定できないという理由では妨げられない。同条に基く責任は各関与者が原因性以外の責任要件事実（特に、違法性と過失）を満たすことが前提となる」といい⁽³³⁷⁾、説明・証明責任を負う原告がその証明をしていないことを理由に請求を認めなかった。即ち、各関与者に対する結果発生は違法でなければならず、関与者の一人だけが適法である場合にも、その結果は適法な行為に

1989,2943 ; OLG Düsseldorf,NJW-RR 2010,1106 ; LG Freiburg,MDR 1981,497 ; Bydliniski-FS Beitzke,19 ff. ; Eberl-Borges,NJW 2002,949 ; ders.-§830,Rdnr.85 ; Katzenmeier,ZZP 117(2004),208 ff. ; des.-§830,Rdnr.21 ; Larenz/Canaris-SchuldR II/2§82 II 3c ; Lytras-§12,399 u.-§14,513 ; Medicus/Lorenz-SchuldR,Rdnr.933 ; Mertens-§830,Rdnr.26 ; Schäfer-§830 Rdnr.30 ff. ; Schiemann-§830,Rdnr.7 参照（但し、BGH NJW 2001,2538 はこれを配慮しなかったが、Wilhelmi はこれに批判的） ;Steffen-§830 Rdnr.14 ff. ; Wagner-§830,Rdnr.60 ; Wilhelmi,R.,§830,3727.

(334) Wagner-§830,Rdnr.77 ff 参照 ; ders.,NuR 1992,207 ; ders.-UTR 81(2005)271 ; ders.,KF 2006,80 ff. ; ders.VersR 2007,1021 ; ders.-§840,2585.

(335) BGHZ 33,286(292) ; Staub-§830, Rdnr.9. 参考 BGH NJW 1999,2895.

(336) BGH LM Nr.2 zu § 830 BGB ; Brehm,JZ 1980,585 f. ; Deutsch,Rdnr.156 u.NJW 1981,283 ff. ; Esser/Weyer,§60 I1c ; Fraenkel,NJW 1979,1202 ; Gottwald,KF 1986,20 ; Larenz/Canaris-§82 II 3a) u.c) ; Wagner-§830,Rdnr.77 ff. ; ders.,NuR 1992,207 ; ders.-UTR 81(2005)271 ; ders.,KF 2006,80 ff. ; ders.VersR 2007,1021 ; ders.-§840,2585 参照。

(337) Sprau-§830,Rdnr.7 参照。

よってもたらされたかもしれないから、すべての者の責任は生じない⁽³³⁸⁾。BGH LM Nr.2 zu §830 BGB⁽³³⁹⁾によれば、「二人の関与者のうち一人が適法に行為したことが排除できない限り、他の関与者はその行為同じ行為が禁じられていることのみを理由として賠償責任を負うことはない。この場合に帰責を認めることは不法行為法の原則（何人ももしかしたら適法であるかもしれない他者の行為について責任を負うことはない）と整合しないことになる」。

環境責任法は同法の適用に服する施設（UHG 1 条）について固有の共同不法行為規定を有しない。右設置・操業者は一定の間接事実の証明による因果関係の推定規定（同 6 条 1 項）の適用を受けるが、正常操業の場合には、正常操業起因の物的損害について帰責を生じない（同 5 条）ほか、因果関係推定規定の適用は除外される（同 6 条 2 項）。正常操業・違法操業を画する排出にかかる限界値、指針値等は、損害発生のリスクがゼロではないものの小さいレベル（判定条件に安全率を考慮して定められるレベル）で決定されるのが通例であること⁽³⁴⁰⁾、原因者が発生した損害結果に対して共同原因であったとしても、殆ど測定できず、個々の関与者の因果関与がなかったとしても損害額は非本質的にしか下がらないと考えられること等の事実関係を踏まえうえで⁽³⁴¹⁾、原告は BGB 830 条 1 項 2 文が求める各関与者についての潜在的因果関係の条件（特に、単独全損原因適性）を証明しなければならぬという制約がある。UHG 1 条の適用に服さない施設設置・操業者についても右推定規定は適用されないから、特に、正常操業の場合には同条適用施設の正常操業と同様の問題を生じる。

(338) Sprau-§830 Rdnr.11(BGH LM Nr.2 zu §830 BGB を援用)。

(339) 密猟者事件。一人の密猟者の死亡は密猟監視人と被告（密猟者の一人）のいずれかによるが、どちらかは不明であるが、密猟者の銃使用は違法であり、密猟監視人の銃使用は適法という事案で、他の代替的行為者の行為が適法であるにもかかわらず、被告は共同関与者規定にしたがった責任を負うか否かが争われ、BGH はこれを消極に解し（非帰責）、共同関与者規定の適用には損害がその者によってもたらされたことが証明された各関与者は過失、かつ、違法に行為したのでなければならぬことを求めた。;BGH NJW 1972,40(41); Eberl-Borges-§830,Rdnr.82; Krause-§830,Rdnr.21; Spindler-§830,1111 ff.; Steffen-§830,Rdnr.17; Wagner-§830,Rdnr.59 参照。

(340) 損害発生のリスクが小さいことは発生した場合の損害が軽微であることを意味しない。このため予測される損害の重大性に応じて許容される損害発生のリスクを決定する手法もあり得る（「第 4 章 第 4 次国家環境政策計画（NEPP-4）」123 頁以下（村上友理）」（『オランダ環境法』国際比較環境法センター・2004 年）参照）。

(341) Lytras-§12,408.Deutsch-HaftungsR,§11 III 4,S.143; Weckerle,92 参照。

このような判例・学説の考え方を踏まえると、共同関与者規定は因果関係以外の責任要件事実を軽減する機能を有しないから、共同関与者規定の適用は不法行為責任の根拠規定が定める因果関係以外の要件事実（BGB 823条1項（民法709条参照）に基づく責任の場合には過失と違法性の要件事実、それ以外の不法行為規定に定める責任については各規定に定める因果関係以外の要件事実）の存在を前提とする。

共同関与者規定に基づく責任については、各関与者が違法に、かつ、過失によって行為したことおよび発生した損害⁽³⁴²⁾は被害者が主張・証明しなければならない。被害者は不法行為責任の場合には原則として潜在的加害者の行為の違法性と過失の証明責任を負担する⁽³⁴³⁾。BGB 823条1項に基づく要件事実が他の規定または特別法によって軽減される場合にはその軽減された要件事実が充足されれば足る。

a. 他の責任要件事実を充足しない関与者の責任

潜在的因果関係が証明される場合でも、複数の原因関与者のうち一般的不法行為規定に定める因果関係以外の責任成立のための要件事実を充足しない者は共同関与者規定にいう関与者に当たらず⁽³⁴⁴⁾、同規定の適用を受けない（非帰責：判例・通説⁽³⁴⁵⁾）。この前提条件の証明責任は被告側にある⁽³⁴⁶⁾。共同関与者中に他の要件事実を充足しない者が一人でも存在する場合には、他の共同関与者についても同じく、非帰責とされる（判例・通説⁽³⁴⁷⁾）。

共同関与者規定に基づく帰責に各関与者の行為の違法性を要することの法的正

(342) BGH LM Nr.2 zu §830 BGB ; BGH NJW 1989,2943(2944) ; Brambring,99 f. ; Esser/Weyers-§60I,1c;Soegel/Zeuner,§830,Rdnr.18 ; Mertens-§830,Rdnr.25 ; Weckerle,139 ff.

(343) Baumgärtel,Hb der Beweislast,§830,Rdnr.2 ; Lytras-§12,390 ; Schäfer,Rdnr.40. 過失につき、Eberl-Borges-§830,Rdnr.74 u.78 ; Steffen-§830,Rdnr.15.

(344) Gmehling,217.

(345) BGHZ 55,96(98) ; BGH LM §830 Nr.2 ; BGH VersR 1956,627(629) ; OLG Düsseldorf VersR 1980,1171 ; OLG Hamm VersR 2000,55(57) ; LG Gießen NJW-RR 1995,281 ; Bydliński-FS Beitzke,11 u.19 f. ; Eberl-Borges-§830,Rdnr.73 ; Gmehling,217 ; Gottwald,KF 1986,19;Katzenmeier-§830,Rdnr.19 ; Kohler-Einl. zum UmweltHR,Rdnr.188 ; Krause-§830,Rdnr.21 ; Lytras,385 ; Medicus,JZ 1986,778(780) ; Mertens-§830,Rdnr.26 ; Schäfer,K.-§830,Rdnr.30 u.32,in : Staudinger-BGB 12.Aufl.(1986) ; Steffen-§830,16 f. ; Wagner-§830,Rdnr.46 ,49 u.72.

(346) OLG Dsseldorf,NJW-RR 2010,1106(1107) ; Bodewig,AcP 185,519 ff. ; Gmehling,217 ; Larenz/Canaris-§82, II 3a).

(347) BGH NJW 1989,2943(2944)) ; Eberl-Borges-§830,Rdnr.81.

当性は共同不法行為責任が不法行為責任の 1 形態であること、即ち、不法でない行為 (erlaubt Handlung) によって不法行為 (unerlaubt Handlung) 責任が成立するとは考え難いことに求められる⁽³⁴⁸⁾。BGH NJW 2008,571⁽³⁴⁹⁾によれば、「原告が受けた侵害は被告単独で原因となったものであるから、(共同関与者規定の) 前提が存在しない。(本事案で) 疑問があるのは被告の行為が正当防衛か違法かであるにすぎず、このような疑いは共同関与者規定によって橋渡しすることはできず、(中略) 共同関与者規定の類推適用も考えられない」⁽³⁵⁰⁾。

a) 過失

潜在的因果関係はあるが過失 (ないし社会生活上の義務違反⁽³⁵¹⁾) がない者は共同関与者規定の適用を受けない (非帰責)⁽³⁵²⁾。

b) 違法性

このことは違法性の要件事実にも当てはまり、潜在的因果関係はあるが違法性がない (違法性阻却事由がある) 者は共同関与者規定の適用を受けない (非帰責)。危険責任規定がない場合の各関与者の行為は違法でなければならない⁽³⁵³⁾。ドイツ判例上、違法性は社会生活上の義務違反を基準とするが、技術的可能性・経済的受

(348) Eberl-Borges-§830,Rdnr.78 Katzenmeier-§830,Rdnr.19. 環境責任法適用施設 (1 条) から排出されたイミッション起因の損害については危険責任とされ、過失のほか違法性をも要しない (通説)。物的損害については正常操業の場合の帰責性が否定されるが、多数の共同関与者にこのような非帰責者が存在する場合に、その範囲で他の共同関与者も非帰責となるかは一つの問題である。

(349) 原因関与者の行為の違法性 (違法な行為か正当防衛か) が争点とされ、共同関与者規定に基づく違法性の証明軽減が問議された事案。

(350) 現在では、共同関与者規定の適用ないし類推適用は BGB 823 条 1 項 (過失責任) BGB 上の危険責任のほか、過失推定される場合の責任 (831 条、832 条、836 条以下)、衡平責任 (829 条)、BGB 上の危険・結果責任、⑥ BGB 以外の不法行為法上の危険・結果責任 (水管理法 89 条、遺伝子工学法 (32 条)、原子力法 25 条以下等)、所謂犠牲者請求権に対する責任 (⑦ BGB 906 条 2 項 2 文 (相隣関係法上の補償責任)、⑧同 1004 条 2 項 (所有権に基づく補償責任)、⑨ BGB 以外の法律上の賠償・補償責任 (例えば、連邦イミッション保護法 (BImSchG14 条 2 項)、水管理法 16 条、原子力法 7 条 6 項 (BImSchG を準用))、取用・取用同等の公権的干渉の場合の損害賠償・補償責任)、契約法上の損害賠償責任 (280 条、241 条 2 項等)、⑩これらの複合形態に及ぶ (拙稿・本誌 96 卷 1 号 93 頁以下参照)。

(351) Gmehling,217.

(352) 前掲注 345 参照。

(353) BGH VersR 1979,822 (野生動物猟で伝書鳩が死んだ事案)・参照 OLG Essen: Eberle-Borges-§830,Rdnr.82.

容性によって限界づけられる。それ故、共同関与者の帰責性には、原則として、因果関係以外の要件事実、就中、違法性の主張・証明が必要であるが（多数説⁽³⁵⁴⁾）、相隣関係法（特に、1996年改正 BGB 906条1項2文・3文）は一定の排出・イミッションの限界値・指針値遵守の場合における、通例としての、非本質性を、判例学説は同じく不法行為法（BGB 823条1項）上の違法性阻却を認める⁽³⁵⁵⁾。

c) 危険責任

共同関与者規定は危険責任にも適用される（判例・通説）⁽³⁵⁶⁾。

不法行為法の規定が危険責任を定める場合には、その発生源による具体的な法的危険の発生の証明が必要である⁽³⁵⁷⁾。ドイツ法上、危険責任は過失のほか違法性をも要しない場合が一般的といわれ⁽³⁵⁸⁾、環境責任法1条に基づく責任もそのように解され（多数説。要件事実として違法性を排除しないとする少数説⁽³⁵⁹⁾がある）、違法性を欠く場合（違法性阻却事由が存在する場合）にも共同関与者規定に基づく帰責が生じるが、正常操業起因の物的損害の場合には帰責が生じない（同5条）。共同関与者のうちの原因者に明白な過失があるかを調査できない場合には適用されない⁽³⁶⁰⁾。それ故、右規定に準拠する帰責は因果関係ないしその証明

(354) Larenz/Canaris-§82, II 3a). OLG Düsseldorf, NJW-RR 2010, 1106(1107). 本文2(1)参照。

(355) Mercus, 780. 拙稿・環境法研究別冊35参照。

(356) 危険責任への適用についての判例・学説の経緯および法治国家原則（GG 20条3項）に照らした類推適用の許容性の限界、および共同関与者規定の適用・類推適用がBGB上の過失責任（例えば、BGB 823条1項・職務責任に関するBGB 839条・GG 34条）、危険責任のほか、その他の損害賠償・補償責任（保護法違反責任（823条2項）、過失が推定される場合の責任（831条、832条、836条以下）、衡平責任（829条）、BGB以外の不法行為法上の危険・結果責任（水管理法89条、遺伝子工学法（32条）、原子力法25条以下等）、所謂犠牲者請求権に対する責任（相隣関係法上の補償責任（BGB 906条2項2文）、所有権に基づく補償責任（同1004条2項）、BGB以外の法律上の賠償・補償責任（例えば、連邦イミッション保護法（BImSchG）14条2項、水管理法16条、原子力法7条6項（BImSchGを準用））、取用・取用同等の公権的干渉の場合の損害賠償・補償責任）、契約法上の損害賠償責任（280条、241条2項等。わが国でいえば、業務上災害、職業病について労働契約上の安全保護義務違反を理由とする損害賠償責任等）、これらの複合形態に及ぶかについては、拙稿「ドイツ不法行為法研究（その5・民法典830条1項2文の類推適用）」本誌96巻1号92頁以下参照。

(357) Wagner-§830, Rdnr. 72.

(358) 但し、危険責任規定のすべてが違法性を不要とするわけではない（動物保有者責任（BGB 833条）に関するBGHZ 117, 110；Petersen, NJW 1998, 2100）。

(359) 拙稿・環境法研究別冊35頁参照。

(360) BGH LM Nr. 23 = NJW 1982, 2307. 参照：Fuchs-Wissemann, VersR 1985, 219. この

の条件がクリアされれば損害賠償請求権が疑問のない形で成立することが前提である⁽³⁶¹⁾。この前提条件は被害者が証明しなければならない⁽³⁶²⁾。危険性は抽象的な意味での危険、理論的に考えられるというだけの危険、危険源から生じる一般的な危険あるいは法益侵害の原因性が偶然生じる事故の問題というだけでは足りず、具体的危険が存在しなければならない⁽³⁶³⁾。即ち、抽象的な危険が具体化され⁽³⁶⁴⁾、現実可能性を有し⁽³⁶⁵⁾、抽象的なこの種の危険が恒常的に増大した状況が生じるのでなければならない⁽³⁶⁶⁾。

共同関与者規定は過失責任を定める一般的不法行為責任規定の要件事実を軽減する機能、危険責任に変更する機能を伴わない⁽³⁶⁷⁾。右規定の根底にある事実状態と利害状態は過失責任に特殊なものではなく、危険責任の要件事実の実現が問題となる場合にも全く同様に存在し得ることから、現在では、責任要件事実、推定される過失に対する責任と危険責任を含め、すべての要件事実が考慮されなければならない(判例・通説)⁽³⁶⁸⁾。

ような場合には、道路交通における事故損害の領域では、複数の責任保険の保険者の連帯責任の問題となる)。

- (361) BGHZ 55,86(94) ; 60,177,181 ; OLG Karlsruhe NJW 1971,1944(1945) ; OLG Nürnberg VersR 1972,447(448) ; Bauer,JZ 1971,46 ; Brambring,188 ; Larenz, II §74 Ib ; Mertens-§830,Rdnr.23.
- (362) BGHZ 89,383(399) ; BGH VersR 1961,85(86) ; MDR 1968,399(400) ; VersR 1975,714 ; NJW 2001,2538(2539) ; OLG Schleswig,VersR 1980,341 ; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2010,1106.
- (363) BGHZ 101,106(111) ; BGH LM Nr.12 ; OLG Stuttgart VersR 1973,325(327) ; ders.,AcP 196(1996) 492(512). 参照 : Baur,JZ 1971,10 ; Eberle-Borges-§830,Rdnr.74 ff.u.91 ; Katzenmeier-§830,Rdnr.4 ; Krause-§830,Rdnr.14 ; Schantl,VersR 1981,464 ; Wagner-§830,Rdnr.49 f.
- (364) Krause,C.,Zu den Voraussetzungen der Tierhalterhaftung bei ungeklärter Verursachung,VersR,2012,1362(特殊な動物の危険) ; Wagner-§830,Rdnr.58(法益に対する具体的な危険)。
- (365) Bodewig,AcP 185(1985)520.
- (366) Eberle-Borges-§830,Rdnr.91.
- (367) BGHZ 89,383(398) ; Gottwald,KF 1986,19 ; Lytras-§12,390 ; Steffen-§830,17.
- (368) BGHZ BGHZ 21,285 (建物崩壊起因損害(BGB 836 条)、建物保存義務者の責任(同 838 条)に適用) ; 55,96(98) : 動物保有者の責任(BGB 833 条)にも適用を認めた) ; 101,106(111) ; BGH LM BGB §830,Nr.12 ; BGH VersR 1956,627(629) ; VersR 1979,822 ; NJW 1989,2943(2944). ほかに、 ; OLG Düsseldorf VersR 1980,1171 ; OLG Stuttgart VersR 1973,325(327) ; Eberl-Borges-§830,Rdnr.73 ff. ; ders.,AcP 196(1996),512 ; Baur,JZ 1971,4(10) ; /Krause-§830,Rdnr.14 ; Schantl,VersR 1981,464 ; Wagner-§830,Rdnr.49.

b. 他の責任要件事実を充足する関与者の責任

a) 判例・通説:非帰責説

BGB 823 条 1 項に基づく不法行為についていえば、原因者の疑い（代替的因果関係）の事案での共同関与者規定（同 830 条 1 項 2 文）の適用は、全行為者の行為が違法、かつ、過失があることが求められ、共同関与者のうち一人でも違法性を欠き、または過失がないときは、その関与者に限らず他の共同関与者を含む全共同関与者が帰責性を欠く（判例・通説⁽³⁶⁹⁾）。一人の行為者に違法性阻却事由が干渉する場合には、被害者の違反が許容されたものである可能性があり、その疑いがこの規定を排除するから、共同関与者規定は適用されない⁽³⁷⁰⁾。この考え方によれば被害者に救済が欠落することになる⁽³⁷¹⁾。例えば、潜在的加害者の一人が注意義務違反の行為と行為違法を欠く場合⁽³⁷²⁾、違法性阻却事由が干渉する場合⁽³⁷³⁾、適法性の根拠（例えば、被侵害者の同意⁽³⁷⁴⁾）、823 条による不法行為無能力、829 条による衡平責任⁽³⁷⁵⁾）が証明された場合等である。

ここでは因果関係以外の責任要件事実を充足しない関与者が真の原因者であるかもしれないことが重視される。換言すれば、各関与者は違法、かつ、過失によ

(369) BGH LM Nr.2 zu §830 ; BGH NJW 1972,40 f. ; VersR 1979,822 ; OLG Karlsruhe OLGE 9,14 ; Bauer,JZ 1971,7 ; Deubner,JuS 1962,384 ; Gottwald,KF 1986,21 ; Larenz II §74 1b u. §82 II 3a) ; Mertens-§830,Rdnr.25 ; Schäfer-§830,Rdnr.26 u.32 ; Staub-§830,1848 Rdnr.10 ; Steffen-§830,Rdnr.17 ; Thomas-§830 Anm.2 ; Zeuner-§830 Rdnr.18. 参照 : Bydlinski-FS Beitzke,19. ; Larenz/Canaris,82 II 3a) ; Lytras-§12,397 ff.

(370) BGHZ 89,383(399 f.) ; BGH LM BGB 830 Nr.2 ; BGH VersR 1968,493(494 f.) ; 1972,40(41) ; 1979,822 ; NJW 1989,2943(2944) ; 1999,3633(3635) ; Bydlinski-FS Beitzke,19 ff. ; Katzenmeier-§830,Rdnr.19 ; Larenz/Canaris-§82, II 3a,c ; Lytras-§12,397 ; Martens-§830,Rdnr.25 ; Steffen-§830,Rdnr.17 ; Wagner-§830, Rdnr.59 ; Weckerle,139 ff.

(371) BGH LM 830 Nr.2 ; NJW 1972,40 f. ; Larenz/Canaris-§82 II 3a ; Staub-§830,Rdnr.10.

(372) BGH NJW 1989,2943(2944) ; Mehring,73 ff.

(373) Eberl-Borges-§830,Rdnr.82.

(374) BGH LM BGB 830 Nr.2 ; BGH NJW 1979,822 ; Baur,JZ 1971,7 ; Eberle-Borges-§830,Rdnr.82 ; Larenz/Canaris-§82, II 3a ; 準用説として : Weckerle,139 ff. ; Wagenr-§830,Rdnr.59.

(375) BGH NJW 1972,3633(3635 f.) ; OLG Schleswig,MDR 1983,1023(1024) ; Baur,JZ 1971,4(7) ; Bydlinski-FS Beitzke,19 ff. ; Eberle-Borges-§830,Rdnr.83 ; Wagenr-§830,Rdnr.59.

て行為したのであればならないことは不可欠の前提条件である⁽³⁷⁶⁾。この規定は被害者の侵害が許容されたものであった可能性を排除せず⁽³⁷⁷⁾、損害は一人の適法行為者によって生じることもあり得るが、被害者のこの規定に基づく代替的因果的行為者に対する賠償請求権が存在する場合とその範囲に限り、行為者の因果的行為が法的に許容される場合には、被侵害者は損害を自ら負担しなければならず、一人の行為者が適法に行為した場合には、他の者に対しては賠償請求も存在しないこと⁽³⁷⁸⁾等が挙げられる⁽³⁷⁹⁾（但し、**BGB 829 条**（不法行為無能力者の責任に関する規定）の前提条件が存在する場合はその範囲で衡平責任を生じ得る）⁽³⁸⁰⁾。

代替的因果関係のある行為者に対する被害者の損害賠償請求権は確定された請求権の枠内に限る⁽³⁸¹⁾。一人の行為者が適法に行為した場合には、他の者に対しては賠償請求も存在しない。何故ならば、正当化される行為者の行為が因果的であるべき場合にも、被侵害者は損害を自ら負担しなければならない。それ故、一人または複数の関与者に違法性阻却事由が干渉する場合には、他の共同関与者についても共同関与者規定は適用されない。過失も同じである。加害者である可能性がある者に故意または過失がない場合には、被害者に賠償請求権が存在しないことは疑いが無い。被害者の違反が許容されたものである可能性があり、その疑いがこの規定の適用を排除するからである⁽³⁸²⁾。

共同関与者規定は全イミッションと損害間の因果関係の証明による各関与者の行為・損害間の因果関係の証明軽減（推定）規定であるから、イミッション全体に関与した多数の者のうち 1 人または複数の者が違法性等の帰責根拠規定に定める要件事実（例えば、**BGB 832 条 1 項**における違法性・過失）を満たさない場合に

(376) Lytras-§12 I 2c,397 ; Martens-§830,Rdnr.25 ; Schäfer-§830,Rdnr.32 ; Steffen-§830,Rdnr.17.

(377) Steffen-§830,Rdnr.17(BGH LM-830 Nr.2 ; NJW 1972,41 を援用)。

(378) Bydlinski-FS Beitzke,19 ff.

(379) Katzenmeier-§830,Rdnr.19 (LM 830 Nr.2 ; Larenz/Canaris-§82 II 3a ; Deutsch-HaftungsR,Rdnr.520 を援用) ; Spindler-§830,Rdnr.19.

(380) Eberl-Borges-§830,Rdnr.83 ; Katzenmeier-§830,Rdnr.19 ; Larenz/Canaris-§82 II 3a.829 条の適用可能性につき、参照 : OLG Schleswig MDR 1983,1023.

(381) Bydlinski-FS Beitzke,19 ff.

(382) BGH LM Nr.2 ; OLG Karlsruhe,OLG Rspr 9,41 ; OLG Düsseldorf NJW-RR 2010, 1106(1107) ; Baur,JZ 1971,7 ; Eberl-Borges-§830,Rdnr.83 ; Krause-§830,Rdnr.21 ; Larenz/Canaris,§82-II 3a ; Steffen-§830,Rdnr.17 ; Wagner-§830,Rdnr..59.

は、その者が830条1項2文にいう共同関与者に当たらず、したがって同規定を根拠とする損害賠償責任を負わないだけでなく、全イミッション関与者について同規定を根拠とする共同関与責任が成立しない⁽³⁸³⁾。即ち、再三述べるように因果関係に関する疑いのみでなく、関与者各々に違法性、過失⁽³⁸⁴⁾または危険責任の前提条件が存在しなければならない⁽³⁸⁵⁾。一人の関与者の故意が違法性阻却事由により違法でない場合には、すべての関与者の共同関与者にに基づく責任が成立しない⁽³⁸⁶⁾。重合汚染に寄与する者の損害賠償責任は不法行為法の一般規定（例えば、BGB 823条）に準拠する場合、相隣関係法（例えば、906条2項）に準拠する場合、危険責任を定める特別法の規定（例えば、環境責任法1条。ほかに、前記WHG・GenTGの規定）に準拠する場合等が考えられる。第1の類型では、過失と違法性を要するから、違法性阻却事由が存在する寄与者については帰責性が成立しない。例外は、イミッション全体のうち因果関係以外の要件事実を満たさないために830条1項2文に基づく帰責性がない者に起因する部分を除く（部分的）イミッションと損害間の因果関係の証明が成立する場合で（例えば、それだけで損害発生の閾値を超える旨の証明が成立する場合。わが国の環境訴訟でしばしば用いられる疫学調査を利用した因果関係の証明方法では部分的イミッションと損害間の因果関係の証明は困難である）、その範囲において部分的に共同関与者としての帰責が成立することになろう。第2の類型では被害者に906条1項（および1004条2項）に基づく受忍義務が存在する場合にも危険防御、妨害排除、不作為請求権のみならず、代償的補償（損害賠償）請求権も成立しない。この1項の受忍義務は侵害が非本質的な場合に成立し、同項2項・3文所定の限界値・指針値（イミッ

(383) BGH LM 830 Nr.2 ; NJW 1972,40(41) ; VersR 1979,822 ; Katzenmeier-§830, Rdnr.19 (損害は適法行為者によっても生じ得ることを理由とする) ; Steffen-§830,Rdnr.17 (他の関与者についても被害者の被った侵害は許容されていた可能性があることを理由とする) ; Larenz/Canaris-§82 II 3a ; Spindler-§830,Rdnr.19 ; Staub-§830,Rdnr.10 ; Wagner-§830,Rdnr.59.

(384) BGHZ 72,355(358) ; 101,106(108) ; BGH NJW 1994,932(934) ; 1995,1286(1288) ; 2001,2538(2539). 批判的見解として Hager,J.,410.

(385) BGHZ 67,14(19) ; 89,383(399) ; BGH NJW 1996,3205(3207) ; Diederichsen,56 DJT(1986) L 48,91 f. ; Heitmann,L.,Massenunfälle als haftungsrechtliches Problem,VersR 1994,135(138).

(386) GBHZ LM Nr.2 ; BGH NJW 1972,40 f. ; VersR 1979,822. 参照 : Spindler-§830,Rdnr.19 ; Wagner-§830,Rdnr.59.

オン値のほか、排出値を含み、判例は、その射程を DIN, VDI 等の指摘リスク管理値に拡大する) が遵守されている場合には、通例として、非本質的とされる⁽³⁸⁷⁾。第 1 の類型、特に環境責任法 1 条に準拠する責任は危険責任・施設責任と位置付けられ、過失を要しないが、違法性をも帰責の要件事実から除外するかは、積極説(多数説。但し、従前 906 条とその不法行為法への準用ないし類推を確立してきた判例の流れと両立しない) と消極説が対立する。消極説によれば違法性がない場合には共同関与者に当たらない。また、積極説によっても、環境責任法 1 条の適用を受けない寄与者についての帰責性は不法行為法 (BGB 823 条等) にしたがうから、違法性がなければ共同関与者に当たらない。一人の関与者に過失がないために損害賠償義務が成立しない場合も同じである⁽³⁸⁸⁾。

判例も同じである。即ち、BGH LM Nr.2 zu §830 BGB (前掲) のほか、BGH LM Nr.11 zu §830 BGB⁽³⁸⁹⁾ は「共同関与者規定の適用は多数の関与者の各々が過失ある違法に行われた行為によって損害をもたらしたことが前提となる (判決要旨)」といい、理由として、「二つの連鎖のうちいずれが関係し、死の帰結をもたらしたかを確認できない場合には、830 条から被告の責任を導くことはできない。何故ならば、二人の銃撃者のうち一人は違法に行為したのではなく、被告は共同行為者 (830 条 1 項 1 文) としても、教唆者 (同 2 項) としても責任がない。しかし、一つの不法行為に対する解明不能の多数の関与者の観点での責任も生じない (830 条 1 項 2 文)。この規定も多数の関与者の各々が過失ある違法に行われた行為によって損害をもたらしたことが前提となる。二人の関与者のうち一人が適法に行為したことが排除できない限り、他の者にその行為を理由として請求することはできない。蓋し、その者にとって同等の行為が禁止されるからである。何人もしかしたら適法な行為であるかもしれない他の者の行為について責任を負うとするこ

(387) 参照：拙稿・環境法研究別冊 83 頁以下。

(388) Kazenmeier, Rdnr.19 (Larenz/Canaris-§82 II 3a ; Eberl-Borges-§830, Rdnr.83 を採用)。重合イミッシオン寄与者中に因果関係以外の要件事実との関係で帰責性がない者が存在する場合には、全体として共同関与者責任が成立しないとする理解 (多数説) に対しては異論もみられる。

(389) BGH LM Nr.11 zu §830 BGB = VersR 1953,146 (VI ZR 6/52)。原告 (1) の夫が被告の猟場で被告と密猟監視人の銃撃によって死亡し、密猟監視人の銃撃には違法性がないが、死をもたらした銃撃が二人のうちいずれによるかについては争いがある事案で、原告 (1) と子供 4 人原告 (2) 他 1 名が損害賠償請求を求めた。

とは不法行為法の原則に適合しない結果となるからである」とした。BGH NJW 1972,40⁽³⁹⁰⁾も「BGHの先例によれば、共同関与者規定の適用に関しては、関与者の一人が適法に行為した場合には、その者の責任が排除されるだけでなく、右規定によって他の関与者の責任も排除される⁽³⁹¹⁾」とする。学説の一部には異なる考え方⁽³⁹²⁾もみられるが、本事案では他の関与者の責任について決定する必要を認めず、事案を共同行為者規定の問題ととらえた。また、BGHZ 101,106(112 f.)によれば、各多数関与者により、責任を根拠づける請求権の前提条件が充足されなければならない⁽³⁹³⁾。因果関係が欠ける場合には、行為の結果をもたらす適性⁽³⁹⁴⁾によって代える。一人だけの関与者が違法性または過失なく行為した場合には、通説によれば、全関与者の責任がない。蓋し、その場合には、損害は適法な行為によってももたらされ得るからである。

初期の判例は共同関与者規定に基づく責任排除の法的正当性を、適法なまたは過失のない行為者（他の要件事実を充足しな者）が真の原因者である可能性があり、その責任を右要件事実を充足する他の関与者に転嫁してしまう危険があることに求める⁽³⁹⁵⁾。即ち、BGH LM Nr.2 zu §830 BGB（前掲）によれば、「一人の行為者に違法性阻却事由が干渉する場合には、被害者の違反が許容されたものである可能性があるから、共同関与者規定は適用されない」。

共同関与者規定は潜在的な原因者が複数存在するために生じる被害者による因果関係の証明困難を因果関係ないしその証明を被害者側に有利な形で規定するが、その被害者側に有利な規定は因果関係の証明を潜在的因果関係の証明に軽減する範

(390) 未成年者が石を投げ合い、この闘争で相手方に障害（目の障害）を与えたが、潜在的な原因者としての子供は6歳で責任能力がない事案で、代替的原因性を有する一つの行為が免責または法的に正当化される場合における共同関与者規定の干渉の有無が争われたが、判決は共同行為者規定（830条1項1文）の問題ととらえ、関与者の一人が違法性または過失がない場合の他の関与者の責任を判断する必要はないとした。

(391) BGH LM Nr.2 zu §830 BGB § 830 BGB Nr.2 = VersR 1953,146は「二つの因果連鎖のうちいずれが作用し、死亡損害を生じさせたかが確認出来ない場合には、共同行為者規定（830条1項1文）、教唆者規定（同条2項）によっても帰責できないが、多数者の関与が確認できない場合における共同関与者規定（同条1項2文）に基づく責任も考慮できない」旨判示した。

(392) Gernhuber, JZ 1961,149 f.

(393) BGH NJW 2006,1299 ; 2008,571 Rz 23.

(394) 例えば、BGH NJW 1994,932(934) ; OLG Oldenburg NJW-RR 2004,1671(1672).

(395) BGH LM §830 Nr.2 ; Katzenmeier-§830, Rdnr.19 ; Larenz/Canaris-§82 II 3a.

困にとどまり、それ以上のものではない。それ故、潜在的因果関係の証明の具体的事案における当てはめを被害者に有利な形で認定することまでを含む趣旨ではなく、一般的不法行為規定の原則にしたがう。判例・通説はこの理解を基盤として考えられ、因果関係以外の責任要件事実を充足しない場合の他の関与者が真の原因者であるかもしれないことと真の原因者でないかもしれないことの評価に際して後者を重視することは、一般的不法行為規定の原則に照らせば、共同関与者規定による被害者保護の範囲を超える。

b) 批判的学説（リスク配分論）

原因関与者中に不法行為責任の因果関係以外の要件事実を充足しない者（BGB 823 条 1 項についていえば、過失または違法性がない者：A 群）が存在する場合に、その関与者が共同関与者規定の適用を受けないことを争うのではないが、その場合の他の関与者（同上、過失と違法性もある者：B 群）の責任の有無・範囲については判例・通説（非帰責説）に対する批判（リスク配分論）もみられる。

リスク配分論は「右規定の適用は多数の原因関与者のなかに真の原因者が存在するが、そのうち誰が真の原因者かに疑いがあること」という同規定適用の前提条件とのかかわりにおいて、判例・通説が真の原因者は A 群の中にいる可能性を重視するに対して、批判的学説は B 群の中にいる可能性を重視すること、およびこの場合の真の原因者の解明不能リスクは判例・通説によれば全面的に被害者負担となるに対して、判的学説は衡平性、法感情、他の類似の事実状態におけるリスク配分の整合性等の理由から、悉無律によるリスク配分の正当性を疑う点で共通する。

リスク配分論の理由は多様で⁽³⁹⁶⁾、一般的連帯責任論、客観的過失に因る共同行為論、表見証明・証明責任転換・因果関係推定論、リスク分配論等に、また、リスク分配論はさらに衡平責任論、共同過失規定（BGB 254 条）の法思考の応用論、連帯債務妨害の応用論、正義論等に細分され、その一つに BGB 830 条 1 項 2 文の

(396) Bydlinski-Probleme, 78 ; Larenz, K./Canaris, C.-W., SchuldR, Bd.

II 2 Hb. §82 II 3a (1994) ; Lytras-Zivilrechtliche Haftung-§12, 397. 事案類型による区別も様々で、共同関与者規定の類推適用により、共同過失（BGB 254 条）の法思考に基づいて被害者の損害賠償請求を認めつつ、内部的に適法または過失なき行為者に帰すべき損害部分を法律上のリスクとして被害者が引き受けなければならないとする考え方（Bydlinski-FS Beitzke）、違法性を欠く場合と過失を欠く場合を区別する考え方（Larenz, SchuldR II 590）、過失の中を客観的標識と主観的標識（純粋に個人関連の標識）を区別する考え方（Deutsch-HaftungsR I, 351）等がみられる。

類推適用論の主張がある（但し、Bydlinski・Katzenmeierの批判がある⁽³⁹⁷⁾）。

(2) 不法行為無能力者・被免責者に当たらないこと

代替的因果関係の場合に共同関与者中に不法行為無能力を欠く者または被免責者が一人または複数存在するときは、その者以外の各共同関与者の責任の有無・範囲が問題とされる。

a. 不法行為無能力者が存在する場合

共同関与者の一人または複数の者が不法行為能力を欠く場合には、その不法行為無能力者は非帰責とされる⁽³⁹⁸⁾。但し、衡平性責任（BGB 829条⁽³⁹⁹⁾）の適用を受ける場合の責任はその範囲に留まる⁽⁴⁰⁰⁾。他の共同関与者の責任については、不法行為能力のない単独関与者に衡平責任（BGB 829条）が成立する場合には、全ての関与者の責任はその範囲に限り、そのリスクは一人の不法行為能力のない単独関与者の場合と同じく、被害者が受忍しなければならない⁽⁴⁰¹⁾（通説と思われる）。蓋し、衡平性責任の前提としての不法行為無能力規定（BGB 82条・828条）は被害者に受忍義務を課しており、潜在的因果関係を基礎とする共同関与者のうち真の加害者が当該不法行為無能力者である可能性が排除されない限り、他の共同関与者に帰責することは正当性に疑いが残るからである⁽⁴⁰²⁾。この考え方は複数の共同関与者に適法ないし過失なき者が存在する場合の他の関与者の責任と結論を共通する。RGZ 74,143も共同関与者規定の枠内ではBGB 829条による責任も考慮される旨を判示し⁽⁴⁰³⁾、代替的原因性を有する一つの行為が免責または法的に

(397) 拙稿・前掲本誌96巻1号108頁参照。

(398) 重合イミッシオンの事例では、相隣関係の場合（BGB 906条2項2文）を除けば、不法行為無能力の問題は、通常は、考え難いと考えられる。

(399) 注：BGB 829条：823-826条に基づく損害賠償責任の要件事実を充足するが、意識喪失等（826条）または未成年・聾啞者（827条）であることを理由として責任を負わないこととなる者について一定の条件のもとの、衡平を理由とする賠償責任を規定する。参照：RGZ 74,143；Eberl-Borges-§830,Rdnr.74；Wagner-§830,Rdnr.49 u.59。

(400) RGZ 74,143(145)；Bauer,JZ 1971,4(7)；Buxbaum,124 f.；Bydlinski-FS Beitzke,20；Deutsch,HaftungsR,§21 V2；Mertens-§830,Rdnr.25；Schäfer,Rdnr.28。異なる見解とし、OLG Schleswig,MDR 1983,1023,1024。

(401) OLG Schleswig MDR 1983,1023(1024)；Bauer,JZ 1971,4(7)；Bydlinski-FS Beitzke,19 ff.；Kraus-§830,Rdnr.21；Wagner-§830,Rdnr.59。

(402) Eberl-Borges-§830,Rdnr.83 参照。

(403) Steffen-§830,Rdnr.17 (Buxbaum,Probleme der Schadensverteilung,77 ff.(1964)を援用)。

正当化される場合における共同関与者規定の適用が争われた BGH NJW 1972,40 は、潜在的原因者（6歳の子供）は責任能力がないが、BGH は共同行為者（830 条 1 項 1 文）の問題とし、前記 BGH LM zu § 830 BGB Nr.2 を援用して、「BGH の先例は共同関与者規定の適用に関しては関与者の一人が適法に行為した場合にはその者の責任だけでなく、他の関与者の責任も排除される」としたが、同条同項 2 号の適用については判断しなかった⁽⁴⁰⁴⁾。

b. 被免責者が存在する場合

複数の共同関与者中に被免責者が存在する場合の被免責者以外の関与者への帰責とその範囲については、各行為者・被害者間に因果関係の証明が成立する場合（即ち、併存行為者の場合）における所謂連帯債務妨害論ないし責任特権論の場合と違い、因果関係ではなく潜在的因果関係の証明しかなないのであるから、少なくとも原因者の疑い（代替的因果関係）の事案類型では、免責特権を有する加害者が真の原因者であるかもしれないという事実状態、換言すれば他の加害者中には真の原因者が存在するかも知れないという事実状態は、むしろ因果関係以外の要件事実（BGB 823 条 1 項の例でいえば、過失または違法性）を充足しない者が存在する場合と同じと考えられる。それ故、被免責共同関与者は帰責性がない⁽⁴⁰⁵⁾。

共同行為者の一人または複数の者が有効に免責される場合における他の共同関与者の責任も生じない⁽⁴⁰⁶⁾。この解釈も複数の共同関与者に適法ないし過失なき者が存在する場合の他の関与者の責任と考えかたを共通する。この考え方の法的正当性は、被害者が合意によって一人の潜在的因果関係者のリスクの引き受けたときは、共同関与者規定の根底にある法思考に照らして、他の潜在的因果関係者に対して

(404) BGH LM § 830 BGB Nr.2 (Steinschlacht 事件：掲掲 F.378)。この先例は、学説の一部には異なる考え方がないわけではないとし (Gernhuber, JZ 1961, 149 f.)、詳細な理由を示さないうまま、あるいは「責任能力を欠く関与者の場合には、あるいは関与者の一人が過失各行為者特別な場合には、その者だけの請求権が排除され、その他の関与者はそうでない」とし (Larenz, Schuldrecht I I, 9 Aufl. 68 I b S.458 ; Schäfer-§830 Rdnr.28, 10./11. Aufl.)、あるいは責任能力のない行為は全員が責任能力がないとする (Bauer, JZ 1971, 7; Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. II -§112 II b, S.447, usw.)。

(405) Bydlinski-FS Beitzke, 11 u. 19 ; Gottwald, KF 1986, 19 ; Larenz/Canaris, 82 II 3a ; Lytras, 385 ; Mertens-§830, Rdnr.26 ; Steffen-§830, 16 f. ; Weckerle, 135.

(406) Bydlinski-FS Beitzke, 11 ; Gottwald, KF 1986, 19 ; Lytras, 385 ; Mertens-§830, Rdnr. 26 ; Spindler-§830, ä. 19 ; Steffen-§830, 16 f. 19 ; Weckerle, 135.

も有利に作用し⁽⁴⁰⁷⁾、他の各共同関与者は免責事由に関与していないことの証明を要せず⁽⁴⁰⁸⁾、損害を自ら負担しなければならないことに求められる⁽⁴⁰⁹⁾。

3. 共同関与者規定が適用されないその他の条件

(1) 損害が潜在的加害者以外の原因に基づくものではないこと

潜在的因果関係が証明された各共同関与者は、自らの行為が損害に対して代替的もしくは重疊的因果関係または一定部分に対して原因となっていなかったこと、BGB 830 条 1 項 1 文か 2 項の問題であることを証明することによって、共同関与者規定の適用を免れることができる⁽⁴¹⁰⁾。請求を受けた者が損害の原因である不法行為を行ったか否かに疑問がある場合には、共同関与者規定は適用も準用もできない⁽⁴¹¹⁾。共同関与者規定の適用は損害が潜在的加害者以外の原因（例：自然現象またはこれに類する原因）に基づくものではないことが確実であることを前提とする⁽⁴¹²⁾。

一般不法行為規定に基づく賠償義務者が他に存在する場合には共同関与者規定は適用されない（判例・通説⁽⁴¹³⁾）。BGHZ 199,237 は「共同関与者規定は原因者に関しての不確実性、即ち、複数の関与者のうち誰が損害をもたらしたかを確定できないことを前提とする（BGH VersR 1999,1375⁽⁴¹⁴⁾）といい、被告が原告に対する侵害の原因者であることが公知とされた事案で共同関与者規定の適用を遮断する。即ち、共同関与者規定は原因関与者が多数存在することによって生じ、または増大する因果関係の証明困難により損害賠償義務者が存在しない場合に機能する。多数の共同関与者のうち一人について全損害について因果関係の証明があり、これによって責任を負う場合にも、単に潜在的因果関係だけのその他の加害

(407) Bydlinski-FS Beitzke,11；Weckerle,135.

(408) BGB NJW 1999,2895 f.；Spindler-§830,Rdnr.19.

(409) Bydlinski-FS Beitzke,G.15 ff.

(410) BGH MDR 1999,805；Sprau-§830 Rdnr.11.

(411) BGHZ 89,383(399)；BGH VersR 1961,85(86)；VersR 1965,1046(1048)；OLG Hamburg MDR,1968,321；Hartung,VersR 1981,698 f.；Mertens-§830,Rdnr.27.

(412) Bydlinski,AcP 158(1959/60)；Henckel,JuS 1975,221,223；Larenz-74 Ib；Mertens-§830,Rdnr.24.

(413) BGHZ 67,14(19 f.)；89,383(399 f.)；BGH VersR 1961,85(86)；1965,1046(1048)；1985,268(269)；NJW 1989,2943(2999)；1999,2895；Eberl/Borges-§830,Rdnr.84.

(414) 被告が原告に対する侵害の原因者であることが公知とされた事案。

者の責任は考慮されない⁽⁴¹⁵⁾。被侵害者自らが原因者と考えられる場合（既往症、素因等）にも、共同関与者規定は適用できない⁽⁴¹⁶⁾。

共同関与者規定に基づく帰責の前提条件としての潜在的因果関係の証明は各共同関与者・損害間のそれであり、共同行為全体・損害間の因果関係は証明原則にしたがって証明されなければならない。特に、重合汚染の場合には、共同関与者規定は不法行為法と証明原則に基づいて求められる共同行為全体・損害間の一般的因果関係の証明程度の不足（高度の蓋然性に満たないこと）を被害者の利益のために軽減する機能をもたない。

(2) 小規模排出者等に当たらないこと

小規模排出者等は全侵害について責任（その範囲で連帯責任（BGB 840 条 1 項））を課されることはないことについては異論が少ないが、小規模排出者等の概念および判定条件については共通の理解が確立しているとはいえない。

a. 小規模排出者等の概念と判定条件

学説は、自動車排ガス、家庭排出（家庭暖房）およびこれと同等のものを例示し⁽⁴¹⁷⁾、全損害に対する責任（連帯責任（BGB 840 条 1 項））は生じないとするが（多数説）⁽⁴¹⁸⁾、後記ハンブルグ草案が自動車排ガス、家庭暖房に限定していな

(415) BGHZ 67,14,19 ; 72,355,358. 類説 : Dunz LM Nr.22 ; BGHZ 89,383(400) ; 85,375(383) ; BGH VersR 1985,268 ; Backhaus, VersR, 1982,210(211) ; Bydlinksi, FS Beitzke, 3 u. 18 ; Deutsch, NJW 1981,2731 ; Gernhuber, JZ 1961,148 ; Heinze, VersR 1973,1081(1084 u. 1086) ; Köndgen, NJW, 1970,2281 f. ; ders., NJW 1971,871(872) ; Lytras-§12,387 ; Mertens-§830, Rdnr.28. 批判的見解 : Hartung, VersR 1981,699 f.

(416) BGHZ 60,177,182 ; 67,14,20 ; BGH NJW 1973,1283（前掲） ; OLG Karlsruhe NJW 1971,1944(1945) ; OLG Nürnberg VersR 1972,447(448) ; OLG Nürnberg VersR 1978,1174(1175) ; OLG Stuttgart VersR 1973,325(326) ; Bauer, JZ 1971,4 u. 7 ; ders. JZ 1973,599,600 ; Brambring, 188 ; Esser/Weyers-§60 I ; Klein, NJW 1971,453,356 ; Klinkhammer NJW 1972,1918 f. ; Mertens-§830, Rdnr.24. 但し、共同過失規定（BGB 254 条。民法 722 条 2 項参照）による責任減額を認める見解があるが（OLG Celle NJW 1950,951 ; Heinze, VersR 1973,1081(1086)）、批判的見解として、Mertens-§830, Rdnr.24)。

(417) Larenz/Canaris-§85,657 c ; Medicus, JZ 1986,782 ; Wilhelmi/Erman-§906, Rdnr.21.

(418) Lange, Schadensersatz, §3 XII 5, S.159 ; Salje/Peter-UHG, §1,130 ; Spindler-§830, Rdnr.31. BGHZ 57,257(263) 参照。なお、BGHZ 57,257(263) は小規模排出者の WHG 22 条 2 項（連帯責任規定 : 現在の 89 条 2 項）に基づく責任を非帰責とする。また、OLG Düsseldorf, NJW 1998,3720（発電所排煙事件（気候損害に関する LG Essen, ZUR 2017,370 もこれを援用））は、直接小規模排出者の責任を論じた例ではなく、他の排出者の排出が単独全損原因適性を有しない事案であるが、損害が発電所排煙と他の多数の

いことおよび非帰責の法的正当性に関する議論を考慮すると、小規模排出者は学説が例示する自動車排ガス、家庭排出（家庭暖房）およびこれと同等のもの以外の排出者（例えば、事業用排出施設の設置・操業者）を含むと考えられるが、「小規模」の判定条件は確立しているわけではない。また、環境責任法1条の適用を受けない施設の設置・操業者とは異なる概念である。

[注] 小規模排出者のほか微小関与者、最小限の因果関係等の概念も用いられる。「微小関与者」は原因関与が極く小さいという一般的意味で、「小規模排出者」と質的な違いがあるわけではないと推測され、共同関与者の前提条件を充足するが、寄与の微小性を理由として非帰責とされる。環境責任法制定前に用いられた「最小限の原因者」の用法については、発生した損害結果に共同原因であったとしても、単独で損害をもたらすことは測定できず、個々の関与者の因果関与がなかったとしても損害額は非本質的にしか低下しないと説明される⁽⁴¹⁹⁾。これら三概念の具体的意味・内容・異同について統一的理解が確立しているともいえない⁽⁴²⁰⁾。いずれにせよ、共同関与者の前提条件、特に、単独全損原因適性の条件を満たさない関与者は抑々共同関与者規定の適用を受けないから（前記1(5)）⁽⁴²¹⁾、ここでの議論は右

発生源に基因し、その者の関与がなければ全損害が発生しないであろう場合に、発電所に全損害責任を課すことは全事情の総合斟酌に基づく相当性を欠くとの理由で、発電所の責任を発電所以外の排出者の責任寄与割合を除く範囲に限定している。我が国でも当該損害の発生に関しその原因程度が著しく小さいと認められる事業者があるときは、その帰責性・帰責範囲の決定に際して裁判官の斟酌を認める規定例があるが（大防法25条の3・水濁法20条）、裁判官に対して拘束的ではない。

(419) *Deutsch-HaftungsR*, §11 III 4,143 ; *Lytras-§12,393,408,420 ff.u.496*. ほかにも、*Weckerle,92*.

(420) *Mertens-§830,Rdnr.23*. *Lytras* は一方で違法・過失による小規模排出者の被害者に対する部分的損害賠償責任を認め、他方で、最小限の因果関係の場合における責任を排除し、個別の損害帰責は個々の関与者の具体的な事実関与の範囲が *ZPO 287* 条によって査定できる場合に限り、最小限の因果関係は原因者の因果的関与が発生した損害結果対して共同原因であったとしても、殆ど測定できず、個々の関与者の因果関与がなかったとしても損害額は非本質的にしか下がらないとするが（*Lytras-§12,408.Deutsch-HaftungsR-§11.143 ; Weckerle,92* 参照）、判例・通説によれば小規模排出者は共同行為者に当たる者をいい、したがって単独全損適性がなければならず、そのうえでの非帰責性が論じられる。

(421) *Eberl-Borges/Staudinger-§830,Rdnr.69(2022)*. 潜在的因果関係の条件を満たすとしても、*UHG* の適用を受けない施設設置・操業者（危険責任を負わない者）は因果関係以外の責任要件事実（特に、違法性）の存在の条件を欠く場合には非帰責とされるが（*Gmehling,217*）、小規模排出者の全てが適法・無過失と断定する根拠はない。ドイツ

共同関与者の前提条件を充足する小規模関与者等に関する。本稿では上記三概念を区別せず「小規模排出者」の用法による。小規模排出者は UHG 1 項の適用を受けないことが多いと思われるが（この場合には小規模排出者は共同関与者規定適用の要件事実（潜在的因果関係等）を満たさない場合も多いと考えられる）、適用を受ける場合に因果関係の推定規定（UHG 6 条 1 項）を受けるとする考え方があり（但し、正常操作の場合には因果関係推定規定の適用は排除される（同条 2 項）⁽⁴²²⁾）。共同関与者規定（BGB 830 条 1 項 2 文）適用については、少なくとも重畳的重合汚染の場合には、同規定適用の要件事実としての単独全損原因適性を含む潜在的因果関係が証明されなければならない。Lytras によれば、個別の損害帰責は各関与者の（具体的な）事実関与の範囲が ZPO 287 条によって調査できる場合に限る。各共同関与者に連帯責任を課すことは、最小限の関与者の場合には、考えられないことについては異論がない⁽⁴²³⁾。

環境責任法制定前の下級審例（1976 年）として、原告の損害が専らフッ素起因か否か、フッ素起因としても被告起因か否かが争われ、一定期間のイミッション値が TA-Luft で定める値を下回ったこと、1969-1973 年の間の被告の寄与率が最大 11%であったこと等から、侵害を非本質的にとどまるとした例があるが⁽⁴²⁴⁾、小規模排出者の定義を直接論じたわけではない。

判例・学説は客観的条件としての社会生活上の義務違反論を採用し、相隣関係法上は権利または保護法益に対する侵害の本質性により（BGB 906 条 1 項）、法令等一定の基準値・指針値遵守行為は、通常は、違法性阻却事由（823 条 1 項）ないし侵害の非本質性（906 条 1 項 2 文・3 文）と評価され（拙稿・環境法研究別冊 35 頁）、共同関与者中に 1 人でも過失または違法性の要件事実を充足しない者が存在する場合には他の者を含め全共同関与者が非帰責と解される（前記）。また、物的損害に限っては、危険責任規定に服する小規模排出者も正常操作の場合には非帰責とされる。

(422) Paschke, M., Kom. Zum UHG-§1, Rdnr. 65 u. §6, Rdnr. 26（但し、全損害の 5% までしか損害適性を有しない小規模排出者について）. その理由として、文言上適用排除規定がないこと、および同法に基づく法律効果の制限、即ち、小規模排出者または微小排出者が全損害に対する連帯責任を伴う責任リスクを考慮されることにはならないことを考慮すると、小規模排出者に対する推定規定の適用は正当化されることを挙げる。

(423) Deutsch-HaftungsR 1 III 4, 143; Lange, Schadensersatz, § 3 XII 5, 159; Lytras-§ 12, I 4b, 408; Weckerle, 92.

(424) OVG Münster, NJW 1976, 2360. 但し、上告審（BGHZ 70, 102 (107 f.)）は影響の原因性と非本質性の判断はその他の証拠調べの結果と併せて総合的に判断すべきものと判示して破棄・差戻。

学説には5%を目安と位置付ける考え方（第1説）も根強く、環境責任法制定過程で提案されたハンブルグ草案で提案された「多数の者が影響を行った場合には、各共同加害者は、その原因寄与が5%より少ないときを除き、連帯債務者として責任を負う」旨の規定（同草案1条1項2文）⁽⁴²⁵⁾を援用するが、この提案は最終的には採用されておらず、現時点で確立した考え方とはいえそうにない⁽⁴²⁶⁾。このほか、Salje/Peterは5%基準説の法的正当性を連帯債務者の範囲が最大20人で内部関係での求償可能性（BGB 426条）が担保されることに求め⁽⁴²⁷⁾、Nawrathは本質的に寄与するすべての（大規模）加害者の連帯責任を導くうえでこの基準を推す⁽⁴²⁸⁾。なお、原因寄与が5%に満たない場合には違法性を欠くことが多いことを根拠とする考え方は、違法性の判断が原因寄与の程度によらず、社会生活上の義務違反ないし、相隣関係法上の侵害の本質性・非本質性（1996年BGB 906条1項改正）によることを考えると、疑問があろう⁽⁴²⁹⁾。

社会的相当性論（第2説）は社会的に相当な領域（sozialadäquaten Bereich）にとどまるイミッションに特典を与える考え方であるが⁽⁴³⁰⁾、「社会的相当」概念の具体性・客観性に疑問が呈される。例えば、正常操業の場合の排出によるリスクによって社会的相当性を線引きする場合には、環境責任法1条の適用を受けない施設設置・操業者の排出については、違法性・本質性の観点から、同条の適用を受ける施設についても物的損害については環境責任法5条によって、正常操業による排出は法的に正当化できるからである⁽⁴³¹⁾。

Salje/Peterによれば、環境に危険な施設の設置者は一つの統一的加害者階層として連帯責任が考慮されるが、小規模排出者についてはそうではない⁽⁴³²⁾。連帯

(425) この草案（BR-Drs.127/1/90）は独禁法上の「著しさ」の判定条件を参考としたものと説明され、行政と裁判所の実務では5%ルールが定着しているとされる（Salje/Peter-UHG, §1, Rdnr.131 参照）。

(426) Landesberg/Lülling-§6, Rdnr.67；Paschke-§6, Rdnr.26；Salje/Peter-UHG, §1, 131；Schimikowski-Umweltrisiken, Rdnr.57。

(427) Salje/Peter-UHG, §1, Rdnr.131。

(428) Nawrath, NJW 1982, 2362。参照：Gmehling, 215 ff。

(429) Fn.427 参照。

(430) Gütersloh, 37；Rehbinder, NuR 1989, 159。

(431) Kohler-Einl.zum UmweltHR, Rdnr.206。

(432) Salje/Peter-UHG, §1, 130。

責任の観点で特権を与えられる者と不利益を被る者の間を線引きするためには小規模排出者の概念を確定しなければならない⁽⁴³³⁾。連帯債務を負う共同関与者の数が多く、連帯責任の内部関係としての求償権行使の相手方の把握を困難とし、結果的に、小規模排出者以外の関与者に求償不能リスクを負担させることになり、比例原則に照らして疑問が生じる⁽⁴³⁴⁾。

このように現時点では「小規模施設」の判定条件は確立しているとは言えそうになく、小規模排出者の判定条件は個別事案の判断とならざるを得ないが、向こう3軒両隣的な空間的に近接したイミッションの事案と異なり、網の目道路、多数排水施設による国際河川の重合汚染、高煙突による遠隔地重合汚染、気候損害等の事案では各共同関与者のイミッション寄与率は小さいことがしばしばであるし、原因者の疑い（代替的因果関係）、原因関与割合の疑い（重疊的因果関係）の要件事実としての単独全損原因適性を満たさない場合が多いことを考慮すると、一方で事案類型の違いを超えて一律に決することには疑問もあるが、他方、事実審裁判官の完全な自由裁量に委ねることは正当化されないデイレンマがある。それ故、具体的事案における小規模排出者の判断に際しては、小規模排出者の非帰責を法的に正当化する理由を具体的、客観的に説示しなければならない。

b. 法的正当性

小規模排出者を非責任とすることの法的正当性として、学説は概ね以下の点を挙げる。

i 比例性ないし衡平性説⁽⁴³⁵⁾（多数説と思われる）。即ち、小規模排出者に全損害に対する責任（その範囲で連帯責任（BGB 840 条 1 項））を課すことは小規模排出者に過大な負担を課す結果となり、比例性原則に反する。即ち、小規模排出者に全損害についての責任を課す場合には、請求を受けた小規模排出者は観念的には他の共同関与者に対して償還請求権を有するが、現実には、他の共同関与者を特定で

(433) Gütersloh, 37 : Quentin, 265 ff.

(434) Kohler-Einl. zum UmweltHR, Rdnr. 206.

(435) Thiem, RdL 1981, 285. Lytras-§12, 429 u.-§14, 517 ; Nawrath, A., Die Haftung in Fällen der Unaufkärbarkeit der Verursachungsanteil bei summierten Immission, NJW 1982, 2361（森林枯渇に関する BGHZ 66(70)に対する批判として、原因割合を証明できないリスクの配分問題と通例的に小規模排出者が競合的に関与する地域では、内部的償還請求を考慮すると、全損害に対して連帯責任を課すことは法的に正当化できないとする）。

きないために償還請求ができず、結果的に過大な責任を負担しなければならない危険があるとし、法的正当性の根拠をこのような帰結は比例原則に反することに求める。この考え方はこの場合に全損害につき連帯責任を認めることは適切でないとし、その理由を償還請求の可能性を欠くことに求め⁽⁴³⁶⁾、共同関与者規定に基づく帰責が原因者の疑いを根拠とする潜在的因果関係から導かれることを考慮すると、内部的求償は事実上できないのが通常であるから小規模排出者の負担が大き過ぎること⁽⁴³⁷⁾、その背景には「共同関与者規定は自らの原因寄与部分を超越る損害部分については内部関係上求償可能であることが当然の前提」であるとする法思考があると考えられる。また、この説は信義誠実説（後記）より恣意性が少ないとし、かつ、危険共同体論⁽⁴³⁸⁾によって連帯責任を根拠づける考え方には同調できないという。

- ii 小規模排出者の破産リスクが大きく、かつ、破産の場合には第三債権者に対する清算配分を圧迫すること。
- iii 信義誠実説。即ち、債権者のBGB 421条⁽⁴³⁹⁾に基く選択権を信義誠実に照らして小規模排出者の有利に制限すべきこと⁽⁴⁴⁰⁾。
- iv 各小規模排出者については重大性の閾値を超えず、かつ、ZPO 287条による査定によってゼロと評価されること（例えば、Larenz/Canarisは微小関与（排出）を自動車排ガス、家庭暖房の煙およびこれと同等のものにとらえたうえで、微小排

(436) Hager,G.,NJW 1991,140；ders.,830-I-2 BGB（一つの損害プロセスに関与した者の範囲が特定可能で、これによって内部的償還が確保されている場合に限る。

(437) Kohler-Einl.zum UmweltHR,Rdnr.215.

(438) Diederichsen,56 DJT.L.90 f.327.危険共同体の考え方は、RGZ 58,357(361)が「共同関与者規定の基盤を代替的併存行為者による被害者の法益の共同体的危険ととらえ、多数の行為者が共同の企画または行為に参加したことが不可欠」とした例があり、Salje/Peterが「環境に危険な施設の設置者は一つの統一的加害者階層を形成する」というのも一種の危険共同体論に通じる考え方であろうが、小規模排出者の場合には共同関与者が特定可能・償還請求可能でないために適用されないとする考え方が強い（Salje/Peter-UHG,§1,130）。

(439) BGB 421条（連帯債務者）：数人が一個の給付を負担する場合において、各人が全部の給付を行うべき義務を負い、債権者がただ一回の給付を請求できるときは（連帯債務者）、債権者は、任意に各債務者に対して全部又は一部の給付を請求することができる。全部の給付があるまで、全債務者の債務は、存続する（樁寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』日本評論社（1988年）による）。

(440) Baumgärtel-Hb Beweislast,§906,Rdnr.16.

出については責任が考慮されないことが重要で、この帰結には見解の一致があると
し⁽⁴⁴¹⁾、その理由を右の点に求める⁽⁴⁴²⁾。

4. 共同行為の同等性：統一的経過について

損害発生に対する多数の者の共同関与は共同関与者規定(830条1項2文)の本質的な要件であり⁽⁴⁴³⁾、多数の者の行為が損害発生ないし法益侵害の原因として共同的に作用したことについて単なる可能性または蓋然性では足りず、証明を要する⁽⁴⁴⁴⁾。損害発生に際しては多様な局面から規定される多数の事象連鎖が考えられ、それによって実効的な損害発生経過の解明が難しい場合にも例外ではなく⁽⁴⁴⁵⁾、被害者の損害に対して違法行為の構成部分とみなされる形で寄与した場合に限る。しかし、立法者は共同関与の概念を具体的、かつ、明確に規定してはいない⁽⁴⁴⁶⁾。

初期の判例は共同関与者規定の適用は各関与者の行為の「共同性」を要するかについて積極に解した。即ち、共同関与の成立に各共同行為者の行為の同等性または関与者間の主観的関連性⁽⁴⁴⁷⁾を求め⁽⁴⁴⁸⁾、同等性の要素として行為の空間的・時間的経過の統一性を挙げた⁽⁴⁴⁹⁾。このような初期の先例に対しては、①「共同性」についてこのような制限的判定条件を求める考え方は830条1項2文と同項1

(441) この点は結果において見解の一致がある。Medicus, JZ 1986, 782; Rummel, 153 ff.; Wilhelm, SachenR, Rdnr. 217 ff.

(442) Larenz/Canaris-§85 657.

(443) Katzenmeier-§830, Rdnr. 15; Steffen-§830, Rdnr. 24(1989).

(444) Rehbinder-§7, Rdnr. 81 ff.

(445) Wilhelmi-§830, Rdnr. 8.

(446) Kruse, 154; Mehring, 24 f.; Wagner-§830, Rdnr. 77.

(447) RGZ 96, 224(226).a.A.: BGHZ 33, 286(291 f.).

(448) BGHZ 101, 106(11 ff.)によれば、BGHの先例では共同関与者規定という共同関与者は個々の原因関与が日常生活上の観察に照らして統一的経過に結びつくことを前提とする(BGHZ 33, 286(291); 55, 86(93); 72, 355(359)).

(449) RGZ 58, 357(361); 96, 224(226); RG JW 1909, 136; 1909, 687; 1937, 462; 1955, 86(93); 1992, 95; BGHZ 25, 271(274); 33, 286(291); 55, 86(93); 72, 355(359); 101, 106(112); BGH LM §830 Nr. 4; LM §830 Nr. 11; LM §830 Nr. 12; LM §832, Nr. 10; BGH VersR 1957, 304; 1965, 1198(1200); OLG Köln MDR 1982, 408 f. 学説として、Diederichsen, 56 DJT, 1986, Bd. II L 92 u. Fn. 213; Katzenmeier-830, Rdnr. 14 ff.; Jung, AcP 170(1970), 426, 427; Pötker, 204. 208. 但し、Steffenは空間的・時間的共同性は経過の統一性を確保するが、不可欠ではないし、それによって危険状態を語るわけでもないとする(Steffen-§830, Rdnr. 24. 同旨; Thomaas-§830, 3c.)

文・2項を同視する結果となること⁽⁴⁵⁰⁾、②同等性、空間的・時間的要件は相対的で⁽⁴⁵¹⁾、このような制限は現実に難しいこと、③初期の判例が示す標識は実用性がなく、かつ、関与者の範囲を限界づけるためには不適切であること⁽⁴⁵²⁾、④時間的・空間的統一的経過を求めることは過剰な注文であること⁽⁴⁵³⁾（例えば、じん肺損害のような時間的にも空間的にも同等性がない事案）、⑤同規定の適用領域に特徴的な被侵害者の証明困難は潜在的原因的行動の外部的または内部的関係とは関係がなく、BGHZ 55,86(94)が判示するようなこの規定の「適用領域を限りなく拡大する危険」は存在せず、経過の統一性を条件とする必要性は低下していること⁽⁴⁵⁴⁾等の批判があった。

BGHZ 101,106(112 f.)は初期の先例を改め、関与者間の主観的関連性を求めず、「先例によれば共同関与者規定にいう共同関与者は、個々の原因関与が日常生活上の観察に照らして統一的な経過に結びつくことを前提とするが⁽⁴⁵⁵⁾、個々の危険行為が経過の一部とみなされるか否かの判断には危険にさらされた法益の危険の同等性よりも空間的・時間的共同性に重きを置くわけではない⁽⁴⁵⁶⁾。事象の同等性と結果の類似性のために因果関係の疑い（原因者の疑いまたは原因関与割合の疑い）を解明することが難しいというのでなければならず⁽⁴⁵⁷⁾（BGHZ 55,86(95 f.)、このような形で生じた証明困難が共同関与者規定による責任軽減の適用を正当化するのである。各関与者の原因割合が、やむを得なければZPO 287条の助けを

(450) 学説によれば、初期の判例が示す標識は実用性がなく、かつ、関与者の範囲を限界づけるためには不適切で(Brambring,98 ; Weckerl,132 ; Bydlinki,JZ 1971 ; Deutsch,JZ 1972,106 ; Gernhuber,JZ 1961,148,152 ; Köndgen,NJW 1971,871,872 ; Mertens-§830,Rdnr.32)、同規定の適用領域に特徴的な被侵害者の証明困難は潜在的原因的行動の外部的または内部的関係とは関係がなく、この規定の「適用領域を限りなく拡大する危険」(BGHZ 55,86,94=NJW 1971,506,508 f.)は存在せず、経過の統一性を条件とする必要性は低下しており(RGZ 96,224,226 ; BGHZ 25,271,274=NJW 1957,1834,1835 ; 33,286,291 f. ; 55,86,93,94 f.)、趨勢としては、統一的経過の条件を緩和する点で一致する(Kohler-Einl.zum UmweltHR,Rdnr.188)。

(451) BGHZ 33,286(292) ; 101,86,95.

(452) Brambring,98 ; Bydlinki,JZ 1971 ; Deutsch,JZ 1972,106 ; Gernhuber,JZ 1961,148,152 ; Köndgen,NJW 1971,871,872 ; Weckerl,132.

(453) RGZ 58,357(361).

(454) Mertens-§830,Rdnr.32.

(455) BGHZ 33,286(291) ; 55,86(93) ; 72,355(359).

(456) BGHZ 55,86(95) ; Steffen-§830,Rdnr..24.

(457) BGHZ 55,86(95 f.).

借りて、区別できる場合には、共同関与者規定は適用できない⁽⁴⁵⁸⁾」と判示した。その後の判例も「共同性」の判定条件を本質的に緩和する傾向にある⁽⁴⁵⁹⁾。

学説も、概ね、BGHZ 101,106 に同調し⁽⁴⁶⁰⁾、趨勢としては、統一的経過の条件を緩和する点では一致するが⁽⁴⁶¹⁾、必ずしも「共同性」の条件を完全に不要とするわけでもない。即ち、抗議行動等の集団行為についていえば、抗議計画への参加または実施に際して指導的役割を果たした場合のほか、暴力抗議行動との連帯、参加によって初めて関与者となるが、単に居合わせたというだけでは足りない。共同関与者の範囲を、全く無関係、かつ、併存し得る突発的・潜在的な原因までを取り込んでしまうことは、共同関与者規定の趣旨と整合しない。即ち、「共同」に各共同行為の同等性ないし空間的・時間的経過の統一性を求める法的正当性は、一般的不法行為規定によっては帰責性が成立しないにもかかわらず、多数の原因寄与者が存在するために生じる因果関係の証明困難を証明軽減によって帰責性を認める範囲を、共同関与の条件を絞ることによって、限界づけることにあり、査定不能だが責任制限の可能性が排除されない特殊な事案類型に対する確実性の留保として必要な場合に限って用い、単に通常の知見の困難に起因する因果関係解明上のディレンマあるいは単なる原因寄与だけで広範に帰責性を認めることは法的正当性を認め難い⁽⁴⁶²⁾。

(458) BGHZ 66,70(76 f.) : 85,375(383).

(459) BGH NJW 2015,3522,Rdnr.11. 参照 : Wagner-§830,Rdnr.77.

(460) Eberl-Borges-§830,Rdnr.102; Kruse,ZGS 2007,135 ff.; Staub-§830,1848,Rdnr..10.

Lytrasによれば、BGHは共同の行為の必要性を取消し、新判例は共同関与者規定の証明規範として証明規範としての機能を強調し、衡平性をこの規定の基盤ととらえ、「その環境負荷が日常的な規準に照らして統一的な事象に含まれる可能性があるものでなければならぬ。この前提条件は関与者の範囲を、全く無関係で、かつ、突発的な潜在的原因と区別するために、断念できないが、このことは、代替的因果関係がある環境負荷が同じ場所または同時に行われなければならないことを意味しない。同様に、具体的な法益危険が同じ環境汚染物質の排出によって発生したことも不可欠ではない。緊迫する侵害結果による同種の危険があれば足る。しばしば様々な種類の場所、時間または危険の同種性の統一が統一的経過の判定条件として緩やかに用いられるべきであり」、「様々な独立の行為が完全に意味もなく、かつ、いかなる意味でも共同関係なく併存する場合には共同関与に当たらない」(Lytras,387,391 u.401)。

(461) Kohlerは時間的・空間的共同性と潜在的危険の等質性を要しないとする(Kohler-Einl.zum UmweltHR,Rdnr.188)。但し、前掲Pöttker,204) 参照。

(462) Lytras,401; Katzenmeier-§830,Rdnr.19; Steffen-§830,Rdnr.24 f.;Wilhelmi-§830,Rdnr.8.

一方、重合汚染、特に、規模（大規模・小規模も）、空間的（遠隔地・近隣）にも、時間的（操業停止後・既存・新規参入等）にも異なる多数の発生源に起因する環境負荷による慢性的影響起因の損害の場合には、各排出源による環境負荷の態様（大気汚染についていえば、その時々風の風向・風速・大気安定度等の気象条件）も多様であり（ある時点についてみれば損害発生場所に対して風下の位置する排出源は原因関与せず、風上に位置する排出源も損害発生場所への到達・損害関与の有無・程度も時々一様とは限らない）、損害に対する原因関与も蓄積性か反復暴露性かによって、また他原因（自然現象、被害者の素因・既往症等、被害者の原因関与）の関与の有無・程度も一様でない。このため、各発生源・各損害間の因果律について共同関与者規定の適用条件の充足性を解明することも容易でないことについては学説上共通の理解が存在すると考えられる。

それ故、初期の先例のように「共同性」について時間的・空間的同一性あるいは同等性等の制限的判定条件を求める考え方（重合汚染の場合には充足されることは稀であろう⁽⁴⁶³⁾）よりは、BGHZ 101,106 がいうように、原因者の疑い（代替的因果関係）、原因関与割合の疑い（重疊的因果関係）を共同関与者規定の適用を正当化する考え方が現実的ととらえられる。このような時間的・空間的に大きな広がりがある環境問題を共同関与者規定の射程外とする考え方は、学説上はむしろ一般的と思われ⁽⁴⁶⁴⁾、Rehbinder も、特に、個々の排出よりも重合イミッションが問題

(463) Lytras, Pospich, Schimikowski, Kohler, Gmehling, 215.

(464) Hager, G., NJW 1991, 140; Larenz/Canaris-§85, 658; Roth-§906, Rdnr. 252;

Wilhelmi, Rdnr. 219 f. Diederichsen は、一方で共同関与者の責任範囲につき一般的連帯責任を論じながら、①重合汚染は部分的因果関係にかかわるのであって、発生した環境損害は各関与者の排出を単独の原因とするものではないのが通常であること、②被害者も多くの環境損害に関与しているが、被害者の自己関与の場合には共同関与者規定の適用は排除されるのが通例であることおよび小規模排出者に連帯責任を課すことは法的正当性を認め難いこと、③関与者の要件としての統一的・客観的危険性状態（行為の時間的・空間的同等性：前記）が存在しないことを理由として、重合汚染については830条1項2文の適用を排除する（Diederichsen, 56 DJT, 1986, Bd. II L 92）。また、一般的適用排除論以外にも、遠隔地・重合型の森林損害・北海汚染問題あるいはライン川化学物質汚染等の越境汚染問題、大気汚染の例でいえば、高煙突による到達範囲の拡大・越境汚染、地球規模の気候損害等の問題は、共同寄与者の数が増大し、各共同関与者のイミッション寄与は微小化されるから、連帯債務者の特定を困難とすることを理由として、BGB 830条1項2文は、法律の規定に基づく場合を除き、時間的・空間的に大きな広がりがある環境問題を射程外とするとする考え方、気候損害について、危険の同等性、潜在的原因の類似性に限って責任の前提条件として肯

で、加害作用 (Response) は量 (Dosis) に対して直線的な大気汚染や騒音イミッション、特に、地球規模の排出の影響が問題となる領域では集合的補償メカニズムが必要とする⁽⁴⁶⁵⁾ (下級審例であるが、ドイツ国内最大の温室効果ガス排出者 (世界全体の 0.47 % (単年度・原告主張による) を被告とする私法上の気候責任に関し、共同関与者規定の適用を排除する形ではなく、「重合汚染で因果関係の証明ができないことには係わりなく、個々の排出者の地球気候変動に対する寄与は僅かで、(大規模排出者であっても) 個々の排出者が気候変動をもたらした可能性を重大な程度に高めたとはいえない」ことを理由として請求を棄却した例がある⁽⁴⁶⁶⁾)。

5. 判定手順

共同関与者規定は一般的不法行為規定によれば因果関係の証明ができないために帰責者が不在 (被害者負担となる) 場合に原因者の疑い (代替的因果関係)、寄与率の疑い (重疊的因果関係)、帰責の疑いを根拠として損害賠償責任を認める (「疑い」という概念を用いる点は公法上の危険防御の領域で用いられる「危険の疑い」の概念と近似する)。その意味で一般的不法行為規定に対する特別規定であるから、規定上限定された前提条件のもとに限って適用される。

共同関与者規定の適用は、その前提として、代替的因果関係の場合 (原因者の疑い)、重疊的因果関係の場合 (寄与率の疑い) いずれについても、上記の多様な事実関係のもとで、関与者各々に単独全損原因適性の証明が前提であり、細分すれば争いもみられるが⁽⁴⁶⁷⁾、Katzenmeier はこの規定の適用の有無についての検証過程として以下の 3 段階の検証を推奨する⁽⁴⁶⁸⁾。

定する考え方もみられる (Pöttker, 204)。相隣関係法 (BGB 906 条) には重合汚染の場合の規定が存在せず、同条の手段では空間的に大きな重合汚染には対応困難で、空間的に小規模、近隣の相隣関係に限って物権法上の補償請求権を認めるべきであり、また認めることができ、複数の所有者の施設土地に及ぼす影響が重合して初めて本質的侵害を発生させる場合には、各排出者に対する不作為請求権は排除されるとされてきた (BGH 66, 70 (75 f.); Roth-§906, Rdnr. 278; Westermann-FS für Larenz, 1003; Wilhelmi-§906, Rdnr. 21)。

(465) Rehbinder-§3, Rdnr. 325.

(466) LG Essen, ZUR 2017, 370.

(467) Wagner-§830, Rdnr. 43.

(468) Katzenmeier-§830, Rdnr. 14 u. 18 ff.; ders., ZJP 117 (2004), 187 参照。ほかに、Herrler が示す判定手順 (Herrler, Rdnr. 31) 参照。

第1段階として、各関与者に請求権の根拠となる行為が存在しなければならない。即ち、各関与者は潜在的因果関係の要件事実を充足しなければならない。責任規範によって必要とされる場合には違法性と過失もなければならない。関与者の一人に違法性阻却事由が存在する場合には全関与者について責任がない。何故ならば、その場合には損害は適法行為者一人または数人によって生じたかもしれないからである⁽⁴⁶⁹⁾。一人の関与者に過失がない場合も同じである（但し、BGB 829条（前記）が適用される場合を除く⁽⁴⁷⁰⁾）。

第2段階⁽⁴⁷¹⁾として、関与者のうち一人が損害の真の原因者であることが確実になければならない。損害が何人にも帰することができない事故事象に起因するかもしれない場合または被害者自らが原因者であったことを排除できない場合には、共同関与者規定は適用できない⁽⁴⁷²⁾。

第3段階として、関与者のうち誰が実際に損害をもたらしたか（原因者不明）または各関与者が共同関与した割合が確定できる必要はない（寄与率不明。Hager,G.は割合不明のカテゴリーは少なくとも誤解されていることに注意を喚起する）。関与者の一人が危険行為によって生じた全損害について責任を負う場合には、共同関与者規定は適用できない⁽⁴⁷³⁾。二人の加害者のうちいずれか一人がもたらした可能性がある後続損害が責任法上被害者に間接的原因者として帰責される場合⁽⁴⁷⁴⁾および他の者が原因者と考えられる場合⁽⁴⁷⁵⁾、責任を負う者が判明せずまたは給付能力を欠く場合⁽⁴⁷⁶⁾も同じである（この規定は多数の者が

(469) LM 830 Nr.2 ; Katzenmeier-§830,Rdnr.19 ; Larenz/Canaris-§,82 II 3a.

(470) Eberl-Borges-§830,Rdnr.83 ; Larenz/Canaris-§82 II 3a.BGB 829条の適用可能性につき、OLG Schleswig MDR 1983,1023 参照。

(471) Katzenmeier-§830,Rdnr.20.

(472) BGHZ 60,177(181) ; BGH NJW 1986,52 ; Krause-§830,Rdnr.22 ; Müller,71 ff. ; aA Bydlinski-FS Beitzke,3 u.31 ; ders.-FS Trotz,3 u.5 ; Katzenmeier,ZZP 117(2004),209 f. Larenz/Canaris-§82, II 3c.

(473) BGHZ 67,14(20)(旧時の判例と異なる) ; BGH NJW 1999,2895 ; Brehm,JZ 1980,385 ; Deutsch,NJW 1981,2731 ; Gernhuber,JZ 1961,148 ; Heinze,VersR 1973(1086) ; Köndgen,NJW 1970,2281 ; Larenz/Canaris-§82 II 2f.

(474) BGHZ 72,355(361) ; OLG Saarbrücken KZV 1999,510f (交通事故のあと被害者が道路にいて、さらに別の車に引かれた事案)。

(475) BGHZ 72,355(361) ; OLG Saarbrücken,NZV 1999,510 ; Deutsch,NJW 1981,2731 ; Larenz/Canaris,SchuldR II/2§82 II 2 f.

(476) BGHZ 67,14(20) ; 72,355(361) ; BGH NJW 1999,2895 ; OLG Saarbrücken,NZV 1999,510 ; Brehm,JZ 1980,385 ; Deutsch,NJW 1981,2731 ; Gernhuber,JZ 1961,

関与したことから生じた原因関係の不確実性のために損害賠償請求権を行使できないことから被害者を保護することのみを意図するが⁽⁴⁷⁷⁾、被害者に追加的債務者を調達しそれによって、確実な原因関係から責任者を発見できないリスクまたは給付不能リスクを取り除くことを目的とするものではない⁽⁴⁷⁸⁾。

(明治大学法学部元教授)

148 : Heinze, VersR 1973, 1081(1086) ; Katzenmeier-§830, Rdnr. 280 ; Köndgen, NJW 1970, 2281 ; Larenz/Canaris- II/2§82 II 2 f.

(477) Katzenmeier-§830, Rdnr. 21.

(478) Eberl-Borges-§830, Rdnr. 95 ; Köndgen, NJW 1970, 2281 ; ders., NJW 1971, 871(872) ; Katzenmeier, 830, Rdnr. 21 ; Krause-§830, Rdnr. 24 ; Spindler-§830, Rdnr. 22.